



Le droit à l'eau, soluble dans le droit international de l'investissement ?

Emmanuel Cadeau, Franck Duhautoy

► To cite this version:

Emmanuel Cadeau, Franck Duhautoy. Le droit à l'eau, soluble dans le droit international de l'investissement ?. Droit de l'environnement, 2013, 216, pp.338-343. hal-01234465

HAL Id: hal-01234465

<https://hal.science/hal-01234465>

Submitted on 27 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit à l'eau, soluble dans le droit international de l'investissement ?

La surprotection, par le CIRDI, des investissements internationaux favorise le financement d'infrastructures d'approvisionnement en eau potable. Mais en entretenant un rapport déséquilibré avec le droit de l'Homme à l'eau, ne risque-t-elle pas de se retourner contre les intérêts des populations locales ?

L'actuelle mondialisation économique repose en partie sur l'organisation d'une sécurisation juridique des participations et autres placements internationaux. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) trouve ainsi son origine dans la volonté de la Banque mondiale de s'appuyer sur une instance d'arbitrage indépendante permettant de trancher les litiges entre États et investisseurs privés. Ces derniers peuvent être des entreprises ou des particuliers. Cet arbitrage institutionnel est issu de la convention, dite de Washington, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, du 18 mars 1965 (entrée en vigueur le 14 octobre 1966). Actuellement, cent quarante-trois États sont membres du CIRDI, organisation internationale capable de composer un tribunal *ad hoc* pour chaque cas d'espèce présenté par les parties. Les sentences sont directement exécutoires et se voient dispensées de toute procédure d'*exequatur* dans les pays concernés (ce qui n'est pas le cas pour les autres procédures arbitrales). L'exécution d'un arrêt CIRDI peut donc être accomplie sur simple présentation de la copie de la décision rendue à un tribunal national compétent. Cet arbitrage institutionnel permet donc de court-circuiter l'ordre juridique interne des États. Un fait nouveau peut toutefois entraîner une procédure de révision ou d'annulation de la sentence.

Face à ce qui peut, dès lors, apparaître comme une institution juridictionnelle internationale « de pointe », il n'est pas sans intérêt d'essayer de mesurer de quelle manière sont pris en compte, par cette institution, les droits de l'Homme qui émergent dans le champ environnemental. Les questions hydriques constituent, de ce point de vue, un terrain d'observation particulièrement fertile.

En effet, si l'article 1^{er} de la résolution A/RES/64/292 de l'Assemblée générale des Nations unies du 28 juillet 2010 a proclamé le



Emmanuel Cadeau
Maître de conférences
(HDR)



Franck Duhautoy
Doctorant en droit
à la Faculté de droit et
des sciences politiques
de Nantes

Membres du
laboratoire Droit et
changement social,
UMR CNRS 6297

droit à l'eau et à l'assainissement comme étant un droit de l'Homme, il n'est nullement certain que droits de l'Homme à l'eau et à l'environnement soient considérés par les juges des tribunaux du CIRDI comme des « horizons indépassables ». Les droits des investisseurs sont parfois considérés comme leurs égaux, voire leur sont préférés. Cette situation peut donner lieu à une jurisprudence internationale reprise par d'autres cours, ce dont s'inquiètent les défenseurs d'un droit d'accès à l'eau qui souhaiteraient le voir reconnu comme un droit humain pleinement effectif. Une récente décision portant sur les eaux du Grand Buenos Aires (voir *infra*) renforce leur inquiétude ; les droits humains ne s'y étant vu accorder aucune primauté (I). De plus, la surprotection arbitrale dont profitent les investissements internationaux risque de se retourner contre les intérêts des populations locales (II).

I. DES DROITS HUMAINS MINORÉS

Un adage médical affirme que « l'être humain boit 80 % de ses maladies ». Approvisionner les populations en eau potable s'avère donc essentiel. La faiblesse de nombreux budgets publics hydriques a parfois provoqué la création de Partenariats public-privé (PPP ou 3 P) dans lesquels une autorité politique fait appel à une entreprise privée pour financer et/ou gérer une infrastructure de service public. Le délégataire reçoit ensuite un paiement de la collectivité

délégante, voire des usagers. Après s'être diffusé au sein des États les plus développés, ce type de partenariat a peu à peu essaimé sur le reste de la planète, y générant parfois des litiges. Ces derniers se sont révélés nombreux en Argentine. Un cas d'espèce traitant des eaux du Grand Buenos Aires a particulièrement capté l'attention en apportant une clarification sur la hiérarchie des normes droits humains/droit de l'investissement international (A) tout en rappelant les obligations de l'État (B).

A. Une hiérarchie des normes bousculée

L'État argentin connaît une situation conflictuelle avec une grande compagnie de l'eau française, le groupe Suez Environnement sous le couvert de sa filiale Lyonnaise des Eaux, principale actionnaire d'une compagnie locale : *Aguas Argentinas* (1). Le différend trouve son origine dans les politiques libérales suivies par le gouvernement argentin durant les années 1990. À l'époque, en 1993, le président Carlos Menem (1989-1999) souhaitait accorder en concession les services de l'eau du Grand Buenos Aires (pour trente ans) et de la province de Santa Fe (pour quarante ans). Plusieurs entreprises privées répondirent à l'appel d'offres en tentant d'avancer le tarif le plus bas possible. *Aguas Argentinas* avait alors obtenu le marché grâce à une proposition de baisse des prix de l'ordre de 26,9 % (2). La crise économique argentine de 2001 allait tout remettre en cause. En effet, pour investir, *Aguas Argentinas* devait emprunter en dollars mais recevait ses recettes en pesos argentins, monnaie qui avait alors perdu les deux tiers de sa valeur. La société prit donc la décision de pratiquer de substantielles hausses de tarifs afin de compenser ses pertes. Cela provoqua de puissants mouvements de protestations car, à l'époque, près de 55 % des 12 millions de résidents du Grand Buenos Aires vivaient sous le seuil de pauvreté, alors fixé à 240 dollars par mois et par habitant. Or, dans les quartiers déshérités ayant bénéficié en premier de la réalisation d'un réseau moderne, la facture moyenne bimensuelle des usagers s'élevait à 60 dollars (3). Il leur était donc quasi-impossible de payer de telles quittances d'eau. Le nouveau pouvoir politique représenté par le président Nestor Kirchner (2003-2007) refusa cette situation et rompit unilatéralement les concessions de distribution et d'assainissement des eaux du Grand Buenos Aires et de la province de Santa Fe. Pour leur succéder, les autorités créèrent une nouvelle entreprise contrôlée à 90 % par l'État. Mécontentes, les sociétés étrangères parties du consortium à l'origine d'*Aguas Argentinas* prirent la décision de porter l'affaire devant le CIRDI (4). Pour ses juges, ce genre de cas d'espèce constitue un contentieux de légalité visant à vérifier que l'État d'accueil respecte ses obligations internationales en termes d'investissements.

Concernant la concession du Grand Buenos Aires, la décision sur la responsabilité a été rendue le 30 juillet 2010 (5). Le CIRDI a considéré que l'État argentin avait rompu illégalement l'acte juridique initial et s'est donc prononcé en faveur des compagnies étrangères parties prenantes en estimant que « l'Argentine ne s'était pas conduite de manière juste et équitable envers les

investissements des demandeurs » (paragraphe 276, c). Les juges ont cependant rejeté une demande de dédommagement fondée sur une expropriation des investisseurs (paragraphe 276, a). La victoire n'est donc pas totalement éclatante pour les sociétés étrangères actionnaires.

« Il est possible de considérer que les droits de l'Homme l'emportent sur le droit international du commerce ou des investissements et que la position du CIRDI est critiquable. »

Au regard de la hiérarchie des normes, le tribunal d'arbitrage a pris une décision particulièrement importante. Malgré l'opposition de l'État argentin et de diverses ONG, lesquelles avaient été autorisées à déposer en *amicus curiae* dans l'affaire, les juges ont considéré que les traités liés aux droits de l'Homme et ceux sur les investissements avaient une valeur égale et que l'Argentine se devait de les respecter sur un pied d'égalité (6). Cette décision peut paraître comme des plus surprenantes car les droits humains constituent l'un des fondements de la Charte de l'Organisation des Nations Unies dont

l'article 103 ne permet pas aux États parties de ratifier des traités y étant contraires. En ce sens, il est possible de considérer que les droits de l'Homme l'emportent sur le droit international du commerce ou des investissements et que la position du CIRDI est critiquable. Conscient de cela, le tribunal d'arbitrage a explicité sa décision en considérant qu'il n'y avait aucune opposition entre ces deux types de droits. Les juges ont en effet indiqué que l'État argentin aurait pu permettre à l'entreprise d'augmenter les montants des consommateurs aisés tout en créant un tarif social ou un système de subventions pour les plus pauvres (paragraphe 235). Il faut cependant relever que le tribunal ne possède aucune compétence pour influencer sur la façon dont l'État argentin doit agir pour respecter ses obligations internationales en matière de droits humains.

B. Un accès à l'eau exclu de l'état de nécessité

La décision des juges du CIRDI suscite également une autre interrogation juridique portant sur l'interdépendance des éléments constitutifs du droit à l'eau et à l'assainissement. En effet, pour justifier sa décision finale penchant plutôt en faveur des sociétés actionnaires d'*Aguas Argentinas*, le tribunal a insisté sur l'augmentation du nombre de raccordements individuels aussi bien pour l'eau que pour l'assainissement (paragraphe 36). Cependant, les arbitres n'ont pas pris en compte la situation d'interdépendance de tous les droits. En effet l'amélioration de l'un d'entre eux peut se faire aux dépens des autres : par exemple, augmentation du nombre de bénéficiaires de branchements (droit d'accès à l'eau et à l'assainissement) contre coût accru de la ressource (discrimination des plus pauvres) et manque de traitement réel des eaux

1. Initialement, la compagnie *Aguas Argentinas* était issue d'un consortium associant entreprises françaises (Suez, Vivendi), argentines, britanniques et espagnoles. Pour plus de détails sur ce point, voir : sentence sur la responsabilité issue du tribunal d'arbitrage du CIRDI (30 juillet 2010) : *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA (Claimants) and The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/19, § 33.

2. Olleta, A., *The World Bank's Influence on Water Privatisation in Argentina, The Experience of the City of Buenos Aires*, IELRC Working Paper 2007-02, International Environmental Law Research Centre, p. 8.

3. Taithe (A.), *L'eau. Un bien ? Un droit ? Tensions et opportunités*, Paris, Éditions Unicom, 2008, p. 82.

4. Pour la concession de Buenos Aires, il s'agit du cas CIRDI : *Suez, Sociedad Gene-*

ral de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/19). Pour celle de Santa Fe, il s'agit de : *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales de Agua SA v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/17).

5. Sentence sur la responsabilité issue du tribunal d'arbitrage du CIRDI (30 juillet 2010) : *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA (Claimants) and The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/19.

6. Sur ce point, voir le paragraphe 262 de la sentence sur la responsabilité issue du tribunal d'arbitrage du CIRDI (30 juillet 2010) : *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA (Claimants) and The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/19.

usées (droit à la protection de la santé). Or, comme le précise l'Observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, le droit à l'eau et à l'assainissement doit être traité dans toutes ses composantes à savoir accessibilité physique et financière, disponibilité et qualité (7).

Certes, le tribunal a considéré que Buenos Aires avait agi dans les limites de sa marge de manœuvre (paragraphe 140) et que ses actes (refus de la hausse des tarifs) ne constituaient pas une expropriation directe ou indirecte des investissements réalisés par les sociétés partenaires au sein d'*Aguas Argentinas* (paragraphe 145). Même si les juges n'ont pas estimé que l'Argentine avait enfreint cette norme, il n'empêche qu'ils ont condamné l'État argentin pour traitement « *injuste et inéquitable* » (paragraphe 276, c). Pour étayer leur décision, ils ont rejeté l'argument de l'action « *par nécessité* » (paragraphe 276, d) en considérant que ni le droit international, ni le Traité bilatéral d'investissement entre la Grande-Bretagne et l'Argentine (article 4), ni celui franco-argentin (article 5, 3) n'exemptaient Buenos Aires de ses obligations en situation d'urgence (8). De plus, les juges soutiennent que les conditions exprimées dans la résolution 56/83 de l'Assemblée générale de l'ONU sont les seules pertinentes pour établir si oui ou non l'État argentin a agi par « *nécessité* » (paragraphe 258.). Cette décision de l'un des organes principaux de l'ONU (12 décembre 2001), portant sur la « *responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* », précise en effet dans son article 25 la notion d'« *état de nécessité* » (9). Il y est indiqué que celui-ci ne peut être utilisé que si le fait en question : « *constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent* » (article 25, paragraphe 1, alinéa a). Sur ce point, le tribunal du CIRDI n'a pas suivi l'argumentaire des autorités argentines affirmant que leurs actions n'avaient été dictées que par la nécessité d'assurer le droit humain à l'eau. Les juges ont considéré que les mesures prises par Buenos Aires en violation des Traités bilatéraux d'investissements concernés n'étaient pas le seul moyen d'assurer ses intérêts essentiels et donc que l'argument de l'état de nécessité ne pouvait être utilisé (paragraphe 265). En revanche, bien que l'ayant fait vis-à-vis de l'État argentin, le tribunal n'a pas retenu l'idée d'injustice et d'iniquité concernant l'action de l'entreprise privée. Pourtant sa décision d'augmenter les prix nuisait aux populations les plus démunies victimes, en conséquence, d'une dégradation significative de leur

droit à l'eau. De ceci découle le sentiment d'une certaine asymétrie d'obligations entre les contractants aux dépens de l'acteur public. D'ailleurs, même si les juges avaient reconnu un état de

nécessité, ce dernier n'aurait pu, à lui seul, mettre fin unilatéralement aux obligations des autorités argentines. Comme l'a indiqué la Cour internationale de justice (CIJ) dans le cadre d'un autre cas d'espèce portant sur une question hydrique : « *Même si l'on considère que l'invocation de ce motif est justifiée, le traité ne prend pas fin pour autant ; il peut être privé d'effet tant que l'état de nécessité persiste ; il peut être inopérant en fait, mais il reste en vigueur*. » En conséquence, « *dès que l'état de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du*

traité renaît » (10). Dans ces conditions, passée la crise, les autorités argentines auraient dû saborder l'entreprise publique créée pour ensuite restituer au *consortium Aguas Argentinas* la concession de distribution et d'assainissement des eaux du Grand Buenos Aires aux investissements garantis par des traités bilatéraux. D'ailleurs, sur ce cas d'espèce, dans leur décision sur la responsabilité, les juges du CIRDI constatent : « *Une fois que la crise fut terminée et la croissance économique retournée, le gouvernement n'a pas montré une grande volonté de trouver un moyen de collaborer avec Aguas Argentinas et les demandeurs*. » (11)

La décision de principe du tribunal d'arbitrage doit être maintenant suivie de la détermination définitive du montant de la réparation au titre des préjudices subis (12). Le contentieux de légalité initial se prolonge donc en un contentieux de responsabilité. Il est important de rappeler que les décisions du CIRDI sont sans appel possible, sauf si un fait nouveau entraîne une révision de la sentence ou son annulation. Actuellement, les autorités argentines tentent de trouver une faille à la décision de cette cour d'arbitrage. D'ailleurs, il est possible d'imaginer un futur retrait de Buenos Aires du CIRDI (13). Un projet de loi va en ce sens depuis mars 2012 (14).

II. UN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT SANS OBLIGATION

Dans une logique de globalisation économique, les États souverains ont de plus en plus multiplié les traités bilatéraux d'investissements (TBI). Ceux-ci visent à encourager et à préserver les placements de capitaux réciproques (15). De nombreuses garanties

7. Observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2002/11 (20 janvier 2003), paragraphe 12. Cependant, ses observations générales appartiennent au droit mou et ne constituent en rien des instruments obligatoires.

8. Voir l'accord bilatéral d'investissement France-Argentine (Ref. Décret n° 93-834 du 28 mai 1993, *JORF* n° 128, 5 juin 1993, p. 8164).

9. Toutefois, en droit international public, les résolutions votées par la majorité absolue des membres de l'Assemblée générale de l'ONU ne bénéficient pas d'une valeur juridique contraignante.

10. Cf. Cour internationale de justice, *Recueil des arrêts*, avis consultatifs et ordonnances, Affaire relative au projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), Arrêt du 25 septembre 1997, paragraphe 101.

11. Cf. sentence sur la responsabilité issue du tribunal d'arbitrage du CIRDI (30 juillet 2010) : *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA (Claimants) and The Argentine Republic (Respondent)*, *ICSID Case No. ARB/03/19*, § 235.

12. À lui seul, Suez réclame la somme astronomique de 1,2 milliard de dollars. Voir : Rey-Lefebvre (I.), « Suez remporte la bataille de l'eau en Argentine », *Le Monde*, 5 août 2010. Il faut croire à la difficulté technique de fixer la somme car, le 15 juin 2011, le tribunal d'arbitrage a nommé un expert financier sur ce sujet. La décision définitive est toujours en attente.

13. La Convention CIRDI prévoit que la dénonciation prendra effet six mois après la notification (article 71). Le droit international public reconnaît à un État la possibilité de se retirer d'un traité international. Ceci est consacré par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (article 54, § a).

14. Voir l'adresse : <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1311-D-2012>

15. À côté des TBI, il faut aussi tenir compte d'accords de libre-échange encore plus larges, type ALENA. Le nombre des accords sur l'investissement international (AI) s'élève à près de 3 000 (voir CNUCED, *Aspects relatifs au développement des accords internationaux d'investissement*, 2 décembre 2008, Doc. TD/B/C. II/MEM. 3/2, p. 2).

de protection y sont donc offertes aux investisseurs : clause de traitement équitable, clause de la nation la plus favorisée, clause du traitement national, libre transfert des revenus des investissements, indemnisation en cas d'expropriation, possibilité de recourir à l'arbitrage international en cas de différend. Plusieurs cas d'espèces concernant l'eau illustrent et rappellent aux États l'importance du contenu de ces TBI (A). Sans évolution en leur sein, les recours judiciaires devant des tribunaux d'arbitrage internationaux, type CIRDI, semblent ignorer la responsabilité sociale des entreprises (B).

A. Une protection privilégiée des investissements

D'autres affaires que celle du Grand Buenos Aires ont défrayé la chronique. Ainsi, en 1993, la Compagnie générale des Eaux (future Vivendi) s'était vu confier la concession des eaux et de l'assainissement de la province de Tucuman en Argentine par l'intermédiaire de sa filiale, *Compañía de Aguas del Aconquija*. Les tarifs doublèrent alors sans réelle amélioration des services. La révolte populaire fut très rapide à s'organiser (16). Suite aux troubles à l'ordre public, le gouvernement provincial prit des sanctions contre la Générale des Eaux après avoir constaté la médiocre qualité des eaux distribuées ainsi que la non-réalité de branchements individuels pourtant mis en avant par la compagnie. Le contrat fut donc résilié par l'État de Tucuman en 1997. Pour justifier sa décision, celui-ci mettait alors en avant le raisonnement juridique suivant : au sein des logiques de contractualisation du droit existe la notion d'ordre public, celle-ci renvoie à des normes et à des principes soustraits à la volonté individuelle des contractants tout en s'imposant à eux. À côté d'un ordre public de direction, parfois qualifié d'autoritaire, cohabite un autre, nommé de protection, qui vise à sauvegarder la partie faible, en l'occurrence les usagers, contre la volonté d'une autre plus forte cherchant à lui imposer sa loi. Estimant toutefois que la résiliation du contrat par l'État de Tucuman était contraire au traité bilatéral d'investissement (TBI) entre la France et l'Argentine, Vivendi avait réagi en lançant une procédure d'arbitrage (17). Celle-ci fut diligentée devant le CIRDI (18). Ce tribunal arbitre sur la base de l'accord bilatéral d'investissement entre les deux pays ainsi que sur celle du droit international des investissements (19). Cette disposition permet généralement d'exclure toutes les autres obligations de l'État

et de l'entreprise, en particulier celles concernant les droits de l'Homme de la population locale ayant eu éventuellement à se plaindre de l'investissement.

« Le tribunal d'arbitrage s'est contenté de rappeler que les mesures prises pour remédier aux insuffisances d'investisseurs privés ne devaient pas se traduire par une annulation des obligations tirées des traités visant à protéger les investissements. »

La première question que le tribunal d'arbitrage dut trancher fut de savoir s'il était compétent. Dans l'une de ses décisions de 2002, les juges ont indiqué : « Il est manifeste qu'un différend relatif à un investissement peut en même temps soulever des questions d'interprétation et d'application des dispositions du TBI et des questions de nature contractuelle » (20). En conséquence, si un demandeur invoque une violation contractuelle (*contract claim*), le droit applicable sera celui du contrat (soit l'ordre interne du pays hôte avec ses juridictions propres). Par contre, si le motif de la réclamation vise une supposée violation du TBI (*treaty claim*), le droit applicable sera fondé sur le

droit international des investissements apprécié par le tribunal arbitral indiqué dans le traité (21). Sur ce point la position des tribunaux arbitraux est largement concordante (22). À partir de là, les juges ont estimé qu'ils étaient compétents pour juger s'il existait des violations du TBI France-Argentine. Quant à leur décision finale, elle s'appuie sur la présence au sein de nombreux traités d'investissements de clauses dites "parapluie". À côté d'engagements de nature contractuelle, ces dernières portent sur les actes gouvernementaux : politiques fiscales, convertibilité monétaire, mouvements de capitaux... Il s'agit d'une protection très efficace pour les investisseurs. Une telle situation interroge sur la fabrication d'un méta-droit, un droit négocié échappant pour partie aux mécanismes traditionnels de production de la norme juridique. Certains parlent de méta-règles issues d'un processus évolutionniste donnant naissance à un véritable ordre spontané (23).

En août 2007, pour le cas d'espèce sur les eaux de la province de Tucuman, le CIRDI a finalement donné tort à l'Argentine et l'a condamnée à payer la somme de cent cinq millions de dollars à titre de dommage. Dans la partie « faits », l'arrêt précise pourtant que la privatisation réalisée au profit de la multinationale française Vivendi s'était bel et bien accompagnée d'une forte hausse des prix couplée à une baisse de la qualité du liquide fourni (24). Bien que ceci s'apparente à une forme de remise

16. Voir Poupeau (F.), « À La Paz, les dégâts de la privatisation », *Manière de Voir*, 65, septembre octobre 2002, p. 83.

17. L'accord bilatéral d'investissement France-Argentine prévoit des clauses de protection indiquant qu'en cas d'« expropriation », les entreprises ont droit à un dédommagement (art. 5, § 2) et qu'en cas de litige, celles-ci peuvent faire recours devant un tribunal arbitral : CIRDI ou tribunal *ad hoc* appliquant les règles de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (art. 8, § 3).

18. *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic* (ICSID Case N° ARB/97/3). L'ICSID est le sigle anglais de CIRDI.

19. Article 8, § 4 de l'accord bilatéral d'investissement France-Argentine : « L'organe d'arbitrage statuera, sur la base des dispositions du présent accord, du droit de la partie contractante partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de loi –, des termes des accords particuliers éventuels qui auraient été conclus au sujet de l'investissement ainsi que des principes de droit international en la matière ».

20. Décision d'annulation, 3 juillet 2002, *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. République argentine*, affaire n° ARB/97/3, par. 60.

21. Sur ces questions, voir Pellet (A.), « Adieu Philippines. Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international », p. 102 dans la Collection des *Cahiers internationaux* n° 20, Sorel J.-M. (dir.), « Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle », Paris, Pedone, Coll. *Cahiers Internationaux*, 2009, 269 p.

22. Voir Hellio (H.), « L'État, un justiciable de second ordre ? » À propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers, *RGDIP*, 113 (3), 2009, p. 599.

23. Vision chère à l'économiste et philosophe autrichien Friedrich Hayek (1889-1992) pour qui facteur-temps et concurrence aboutissent à une stabilité. Cette théorie de l'action renouvelée est redoutable pour le législateur car elle ne constitue pas une règle incluse au sein du droit mais plutôt une règle portant sur celui-ci.

24. Voir par exemple le cas d'une hausse des prix de 110 % accompagnée d'une détérioration de la qualité de l'eau fournie : *ICSID, Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, Case N° ARB/97/3, Award (20 August 2007), paras. 4.9.1, 4.10.3.

en cause du droit d'accès à l'eau ou à la protection de la santé, le tribunal d'arbitrage n'en a nullement tenu compte. Il s'est simplement contenté de rappeler que les mesures publiques prises pour remédier aux insuffisances d'investisseurs privés étrangers ne devaient nullement se traduire par une annulation des obligations tirées des traités visant à inciter et à protéger les investissements (25).

En creux apparaît donc l'idée du caractère secondaire du droit à l'eau par rapport à ceux financiers des investisseurs. Buenos Aires a ensuite demandé une annulation de la sentence mais a été définitivement débouté le 10 août 2010. Avec les frais de justice (car le CIRDI est un tribunal d'arbitrage payant) accompagnés des intérêts, le total des dédommagements devrait atteindre environ deux cents millions de dollars.

Dans une autre procédure d'arbitrage du CIRDI portant, elle, sur la protection de l'environnement, les juges ont affirmé que, quel que soit le niveau de légitimité de la mesure d'intérêt général ayant abouti à une expropriation, cette dernière n'en devait pas moins conduire au versement d'une compensation. Ils ont même été jusqu'à indiquer que ceci demeurerait valable même si l'obligation mise en avant par l'État était fondée sur un traité international (26). Cet arrêt insiste encore sur la nécessité d'assurer une indemnisation y compris pour des mesures pouvant être considérées comme légitimes.

B. Des investisseurs déresponsabilisés

Initialement, les investisseurs tentaient de protéger leurs placements en ayant recours à la protection diplomatique que leur État national consentait à leur accorder de façon discrétionnaire (27). En cas de différends, procédures et droits interne et international demeuraient séparés, illustrant ainsi la célèbre théorie des deux sphères, laquelle considère que les ordres juridiques interne et international sont totalement séparés. Après l'épuisement des voies de recours à l'intérieur d'un État, l'entité étatique de l'investisseur s'estimant lésé pouvait recevoir la réclamation de la personne de sa nationalité. L'action internationale survenait alors devant une juridiction supranationale.

L'arbitrage fondé sur les traités bilatéraux d'investissements a complètement remis en cause cette doctrine du dualisme juridique. Désormais, un investisseur peut tenter de lui-même

une action contre un État en utilisant les règles du droit international (28). Or, comme relevé précédemment, dans plusieurs cas d'espèces à dimension hydrique, au regard du droit interna-

tional des investissements, les grandes sociétés étrangères profitent largement de droits sans avoir à craindre d'obligations opposables pour les questions liées à l'environnement ou aux droits humains (29). Une solution serait d'élaborer un cadre juridique international sur la gestion et la protection de l'eau se donnant l'objectif d'encadrer l'action des firmes multinationales. Au regard de l'intense compétition économique présente, cela ne peut fonctionner que si l'immense majorité des États (ceux d'accueil mais aussi ceux émetteurs de technologies aqueuses) acceptent d'aller dans le sens d'une action additive. Faute de quoi, les droits économiques des firmes multinationales, types

grandes compagnies de l'eau, continueront à prévaloir sur ceux environnementaux, voire humains. Pourtant, les partenariats associant sociétés transnationales et pouvoirs publics sont volontiers décrits comme des contrats "gagnants-gagnants". Toutefois, force est de constater que des ressources locales d'eau se voient prises en main par des acteurs extérieurs peu au fait des réalités locales et surtout désireux de recevoir un retour sur investissement maximum. De plus, par le biais de pratiques de délocalisations du contentieux sur l'exécution du contrat de la sphère juridique interne à celle internationale, le pouvoir du juge national se voit annihilé (utilisation d'une logique de *Treaty claim*). Une telle situation ne peut conduire qu'à une déresponsabilisation de l'investisseur étranger qui n'a plus aucun compte à rendre à la société civile du pays d'accueil. Derrière ces controverses portant sur des investissements liés à des opérations de distribution, d'assainissement et de protection de l'eau se pose la question de la place du fait démocratique local face à des puissances économiques étrangères pouvant porter leurs requêtes devant des organes juridictionnels extérieurs.

Pour ce qui concerne les contentieux transnationaux entre États et firmes multinationales, il serait souhaitable que les accords sur les investissements internationaux (AII) soient plus équilibrés en ne se focalisant plus uniquement sur les droits économiques des investisseurs. Il s'agirait d'y introduire des éléments liés à la protection des droits de l'Homme ou à l'environnement afin que les États puissent, eux aussi, recourir à l'arbitrage international (30). Il ne peut en être question actuellement. En effet, le droit procédural ne vise qu'à permettre la protection

25. *Idem*, para. 7.5.21. Cette position se retrouve fréquemment chez les juges du CIRDI, par exemple dans un autre cas d'espèce portant sur l'interprétation d'un TBI entre la Suisse et les Philippines: décision sur la compétence du 29 janvier 2004, *SGS Société générale de surveillance SA c. République des Philippines*, affaire N° ARB/02/6 dont le paragraphe 116 affirme: « Il est légitime de résoudre les incertitudes sur son interprétation de manière à favoriser la protection des investissements visés. »

26. CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c/ Costa Rica*, Case N° ARB/96/1, final award, 17 février 2000, § 71: « ... l'objectif de protection de l'environnement pour lequel le bien a été saisi ne modifie pas le caractère juridique de la prise de possession pour laquelle une indemnisation adéquate doit être versée. L'origine internationale de l'obligation de protéger l'environnement ne fait aucune différence ».

27. « La protection diplomatique est l'endossement par un État de la réclamation d'un particulier lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État ou d'une organisation internationale »: Daillier (P.), Forteau (M.), Pellet (A.), *Droit international public*, LGD, 2009 (8^e édition), § 495, p. 903.

28. Voir Leben (Ch.), 7 La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, volume 50, 2004, p. 698.

29. Richard (V.), « Gestion privée de l'eau: où va le droit international? », p. 520 dans Rapports publics du Conseil d'État, *L'eau et son droit*, Collection « Études et documents du Conseil d'État », La Documentation française, 2010, 582 pages.

30. Voir Hellio (H.), « L'État, un justiciable de second ordre? » À propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers, *RGDIP*, 113 (3), 2009, p. 600-601.

d'un droit matériel ou substantiel. Or, les TBI n'accordent que des obligations aux États d'accueil. Ces derniers ne possèdent donc pas de titre juridique pour arguer d'une violation d'un droit qu'il reviendrait au tribunal d'arbitrage de protéger (31). Pour l'instant, ce dernier organe juridictionnel correspond donc à un moyen pour une entreprise étrangère de se plaindre du non-respect par un État de critères exclusivement économiques présents dans les AII type traités bilatéraux d'investissements ou accords de libre-échange régionaux. L'augmentation régulière du nombre de recours portant sur des questions hydriques peut s'analyser comme une conséquence de l'accroissement des partenariats public-privé dans le domaine de la distribution de l'eau. Ces affrontements juridictionnels permettent de pointer du doigt l'absence d'un cadre juridique international fixant des limites claires entre protection des investisseurs privés étrangers (IPE) et intérêt général du pays d'accueil. En effet, nombre de réglementations étatiques environnementales ou sociales peuvent être considérées comme portant atteinte aux droits d'un investisseur privé (32). Il apparaît donc que, dans les jugements d'arbitrage : «...l'attention portée sur les droits de

« Les traités bilatéraux d'investissements constituent un moyen très efficace pour avantager les investisseurs aux dépens des droits humains et environnementaux des populations locales. »

l'investissement a, en conséquence, déplacé la frontière entre bien public et intérêts privés en faveur des intérêts privés des investisseurs, générant de profondes implications pour la démocratie et les droits de l'Homme » (33). D'autant plus que le terme d'investissement est souvent défini de façon particulièrement étendue (34).

In fine, il apparaît clairement que les TBI constituent un outil juridique particulièrement efficace pour contourner les ordres juridiques internes. Ils constituent même un moyen très efficace pour avantager les investisseurs aux dépens des droits humains et environnementaux des populations locales. En ce sens la proclamation par l'Assemblée générale des

Nations unies du droit de l'Homme à l'eau et à l'assainissement (28 juillet 2010) peut s'apparenter à un vœu pieux au regard du fonctionnement présent du droit international de l'investissement (35). Une lueur d'espoir semble toutefois poindre, entretenue par les quelques États commençant à inclure au sein de leurs accords bilatéraux des obligations en termes de responsabilité sociale et environnementale (36). Une telle évolution s'avère prometteuse pour, à l'avenir, assurer l'éclosion effective d'un droit de l'Homme à l'eau.

E. C. et F. D.

31. *Idem*, p. 597-598.

32. Par exemple, des mesures publiques portant sur la quantité ou la qualité de l'eau ou permettant de corriger le système tarifaire du gestionnaire privé afin d'assurer aux plus pauvres l'accès à l'eau. Sur ce point voir quelques affaires soumises à l'arbitrage du CIRDI : *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case N°. ARB/01/12), *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case N°. ARB/05/22).

33. CHOUDHURY (B.), *Democratic Implications Arising from the Intersection of Investment Arbitration and Human Rights*, *Alberta Law Review*, 2009, 46 : 4, p. 984.

34. Par exemple, les TBI de la Suisse englobent : « toutes les catégories d'avoirs ». Cf. : Accord entre la Confédération Suisse et la République fédérale et démocratique d'Éthiopie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 26 juin 1998, 2001 *Recueil Officiel des Lois*

Fédérales 1967, art. 1.

35. L'article 1 de la résolution A/RES/64/292 proclame que l'Assemblée générale des Nations unies : « reconnaît que le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'Homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme ».

36. Exemple de l'accord entre le Canada et le Pérou pour la promotion et la protection des investissements (entré en vigueur le 20 juin 2007) dont l'article 11 précise : « Les parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. »